

# *Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho?\**

Juan Pablo Sarmiento E.\*\*

Recibido: agosto 1 de 2012  
Aprobado: octubre 22 de 2012

## **Resumen**

El activismo judicial y la creación derivada del derecho han situado al precedente como fuente de derecho, algunas veces, fuente principal para la práctica jurídica. En realidad, se argumenta, el constituyente derivado parecería llegar tarde a la institucionalización del precedente como fuente principal de derecho. El juez colombiano no ha sido neófito en la creación de normas jurídicas por medio de la cosa juzgada implícita. Por ello, se explorará cuál ha sido el recorrido, en la práctica colombiana, de la reforma constitucional dirigida a regular los efectos relativos de la producción jurisprudencial.

**Palabras clave:** reforma constitucional, precedente judicial, cosa juzgada implícita

\* Este artículo es fruto de la investigación que se desarrolló durante los meses enero a mayo de 2012 y es parte de la Línea de Investigación sobre el Precedente Judicial, que hace parte del grupo de Investigación en derecho de la Universidad del Norte titulada, "La constitucionalización del precedente judicial". La investigación se realizó como parte de la producción intelectual del autor, en calidad de profesor de tiempo completo de la mencionada Universidad.

\*\* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y actualmente cursa doctorado en la misma Universidad. Profesor de la Universidad del Norte. Email: jpsarmiento@uninorte.edu.co, jua-sarm@uniandes.edu.co

## ***Towards constitutionalization of judicial precedent in Colombia: an effort for controlling sources of law?***

### ***Abstract***

Judicial activism and creation resulting from law has set the precedent as a source of law, sometimes principal source for legal practice. Actually, resulting component is reportedly arriving late to institutionalization of precedent as the principal source of law. Colombian judges have not been novice when creating legal norms through the implicit issue preclusion. For this reason, the history of constitutional reform in Colombian practice addressed to regulation of effects related to jurisprudential production will be explored.

***Key words:*** constitutional reform; judicial precedent; implicit issue preclusion.

## Introducción

Hablar del poder vinculante del precedente judicial y de la atribución normativa de los tribunales constitucionales no parecería ser un tema novedoso. Efectivamente, los aportes en la experiencia nacional de los profesores Lina Marcela Escobar (Escobar, 2003) y Diego Eduardo López (López, 2005), entre otros (Estrada, 2003; Bernal, 2003), han demostrado que la práctica judicial se ha anticipado a todo el desarrollo legislativo y constitucional que se ha desplegado en los últimos años.

En efecto, la Corte Constitucional de Colombia, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia parecerían, desde su quehacer institucional, expandir un activismo judicial más intenso del que nuestra tradición jurídica civilista habría reconocido, indistintamente del recurso judicial que estén resolviendo. Ciertamente, las sentencias de unificación de tutela y las sentencias de casación se reconocen con facilidad como una fuente de derecho poderosa, que sitúan a las cortes como tribunales de cierre, no solo por haber sido concebidos como máximos tribunales de sus respectivas jurisdicciones, sino por haber probado que en realidad están desplegando una capacidad normativa relevante por medio de los mencionados recursos de unificación, por supuesto, más allá de los efectos que como legislador negativo se desarrollen en ejercicio de las acciones constitucionales contencioso-legislativas (Capelleti, 1990).

Con todo, la práctica reciente colombiana de nuestro derecho constitucional parece indicar que la fuerza vinculante del precedente ha sido extendida principalmente en la Corte Constitucional de Colombia, sin sostener con ello que el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia no hayan construido diversas líneas jurisprudenciales que son seguidas con rigurosidad. Empero, el mayor interés del debate constitucional ha girado en torno a las sentencias que deciden tutelas, debido a que las

normas que regulan la materia han admitido posiciones disímiles de acuerdo con la visión del juzgador. No resultó tan interesante para la Corte desplegar una teoría relativa al precedente en el escenario del control abstracto de constitucionalidad debido a que la misma Constitución dispone la obligatoriedad de este tipo de sentencias (República de Colombia, 1991), tarea que el constituyente no realizó tratándose de las sentencias de tutela.

Como se anticipó, lo anterior no supone que la Corte Constitucional de Colombia haya sido la única que ha progresado en el uso y sistematización relativa del precedente. Sin duda, la Corte Suprema de Justicia, por medio del recurso de casación, y el Consejo de Estado, como órgano judicial de cierre en materia contencioso-administrativa (Sarmiento, 2011)<sup>1</sup> han ampliado y articulado el precedente judicial, hasta el punto de convertir sus aportes en la única fuente de derecho aplicable a algunas materias objeto de debate<sup>2</sup>.

Esto se ha ido ampliado y reconociendo recientemente en la experiencia colombiana, donde se ha extendido una variedad de normas que hacen de la práctica nacional una muy particular. En efecto, el ejercicio judicial parecería haber sido quien desarrollaría ampliamente el concepto y ejercería su quehacer institucional por medio de la extensión, quizá en buena parte conceptual, del precedente judicial y la jurisprudencia.

<sup>1</sup> Recientemente, el Consejo de Estado parecería haber adquirido un extraordinario poder estabilizador y unificador por virtud del Código de Procedimiento Administrativo (Congreso de la República de Colombia, 2011). Esta norma parecería haber creado un recurso de unificación próximo a la Casación en la justicia ordinaria.

<sup>2</sup> La responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad patrimonial de la Administración parecerían acumular un importante poder de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Si bien se cuenta con una base legislativa escueta, ha sido el despliegue de ambas Cortes la que ha conducido a extender, limitar y avanzar en distintas instituciones de la responsabilidad patrimonial, sea privada o pública, a partir de la vinculatoriedad fuerte del precedente.

Para desarrollar entonces el presente texto, se procederá a exponer y analizar las normas constitucionales y su interpretación más relevante (I), para luego hacer las precisiones correspondientes a las disposiciones contenidas en las propuestas de reforma constitucional que parecería dirigirse hacia la constitucionalización del precedente, con diversos giros que se mueven entre la restricción y la libertad al poder vinculante de la jurisprudencia (II). Si bien se hará un estudio general de las más antiguas disposiciones, se hará un especial hincapié en las reglas de reciente creación, normas que seguramente, generarán un gran impacto en el objeto de estudio.

## I. Normas constitucionales, hacia la reforma judicial

Quizá son cinco los artículos que han centrado la atención del operador jurídico al momento de definir la estructura normativa colombiana, a saber, los artículos 230, 235, 237, 241 y 243 de la Constitución colombiana (República de Colombia de Colombia, 1991). Debido a la tradición del *civil law* o derecho continental que parece determinar nuestro ordenamiento jurídico, se puede señalar que la corriente imperante del derecho en Colombia es el derecho positivo, de corte formalista y legiscentrista (López, 2004)<sup>3</sup>, por virtud del cual se considera que el sistema jurídico, centrado en la Ley como principal fuente del derecho, tiene la capacidad de responder a los supuestos de hecho por medio de unas reglas, de textura cerrada, que ofrecen respuestas claras, coherentes, suficientes y universales.

Es por ello que el artículo 230 de la Constitución parecería revelar un sistema jurídico especialmente "legiscentrista", mediante el que se establece que los jueces, en sus providencias, "solo están sometidos al imperio de la ley" (República de Colombia de Colombia, 1991). El mismo artículo dispone que la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina "son criterios auxiliares de la actividad judicial" (República de Colombia de Colombia, 1991). Lo auxiliar ha interpretado comúnmente la doctrina nacional, supone que la fuente primaria de derecho la constituye el ejercicio legislativo, mientras que solo ante su silencio, oscuridad o contradicción, puede acudir a lo que con anterioridad ha señalado la misma autoridad judicial.

De esta manera, cuando se ha establecido que la jurisprudencia es un criterio auxiliar, supereditado a lo que ha regulado el legislador, se le da el carácter de fuente derivada del desarrollo legislativo. Esto no obsta para que, en virtud del artículo 4º de la Constitución, se aplique directamente la Carta Fundamental como "Ley de Leyes" (República de Colombia de Colombia, 1991), de tal manera que los derechos fundamentales, como principios, puedan ser articulados por y en todas las jurisdicciones.

La actividad de la jurisdicción constitucional, en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en el español, el italiano, el francés y el alemán, se desarrolla en dos ámbitos que operan simultáneamente: la revisión judicial de las leyes y la protección de derechos fundamentales. En efecto, el concepto de jurisdicción constitucional se emplea, en Colombia, con diversos sentidos, solo parcialmente coincidentes.

En un primer sentido, la jurisdicción constitucional se refiere a la justicia protectora de los derechos fundamentales. En segundo lugar, se utiliza para referirse a una definición restringida, que corresponde solo con aquella jurisdicción

<sup>3</sup> El citado autor demuestra que nuestro positivismo se transformó hacia el formalismo, más intenso en el Derecho Civil con expositores como Arturo Valencia Zea, que no se preocupa por el papel del juez en la construcción del derecho, sino en la adjudicación de normas cuya interpretación es reducida, en cuanto el conjunto de reglas ofrecen respuesta únicas, coherentes, cerradas y correctas en Derecho.

que puede resolver la constitucionalidad de las leyes (Rubio, 1992). Es por ello que podríamos aceptar de entrada que, conforme al artículo 243 de la Constitución (República de Colombia, 1991)<sup>4</sup>, a la que nos hemos remitido con anterioridad, se disponga de una evidente capacidad vinculante del precedente, en la medida en que se consagra la cosa juzgada constitucional, que puede extraer e incorporar normas a las disposiciones que son juzgadas, como se profundizará con posterioridad.

De allí que el Decreto 2067 de 1991, en su artículo 21, haya dispuesto que las sentencias que profiere la Corte Constitucional de Colombia tienen "el valor de cosa juzgada constitucional" y vinculan a todas las autoridades responsables en la aplicación de la ley (Presidencia de la República de Colombia, 1991A). Este punto es retomado por la Ley 270 de 1996, "Estatutaria de la Administración de Justicia", en el artículo 48 (Congreso de la República de Colombia, 1996), con los aportes realizados por la sentencia C-037 de 1996 (Corte Constitucional de Colombia, 1996A).

El mencionado artículo 48 (Congreso de la República de Colombia, 1996) estableció una diferencia evidente entre lo que puede entenderse que constituye un precedente constitucional, y en especial, define con precisión qué parte de la sentencia constitucional vincula, como regla de derecho. En efecto, esta norma establece que es de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes*, la parte resolutive de la sentencia. La parte motiva del fallo constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general.

<sup>4</sup> Dispone el artículo citado: "Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución" (República de Colombia, 1991)

Luego, se tienen dos fuentes de normas dentro del mismo artículo citado (República de Colombia, 1991). El primero de ellos, ya se expuso, lo constituye la parte resolutive de la sentencia, donde el juez define finalmente qué parte de la ley objeto de revisión subsiste y cuál parte es retirada del ordenamiento jurídico por resultar contraria la Constitución. No obstante, la parte relativa a la interpretación y motivación del fallo parecería llevarse al criterio auxiliar, en términos del artículo 230 de la Constitución (República de Colombia, 1991).

Esto supone entonces que la cosa juzgada constitucional parecería acudir a los criterios definidos también por el Tribunal Constitucional desde la Sentencia C-104 de 1993 (Corte Constitucional de Colombia, 1993A). Esto quiere decir que la sentencia de la Corte vincula no en aquello dicho de paso, donde se enuncian principios, criterios o categorías jurídicas, es decir, la *obiter dicta*, sino desde la *ratio decidendi*, por virtud de la cual se dispone finalmente qué parte de la norma puede considerarse conforme con la Constitución, e incluso, qué interpretación es válida para el fallo en cuestión (Escobar, 2003).

Precisamente, ese ha sido el aporte efectuado por la Sentencia C-037 de 1996 (Corte Constitucional de Colombia, 1996A). La parte final del artículo señala que la "interpretación que por vía de autoridad" hace la Corte Constitucional de Colombia, "tiene carácter obligatorio general" (República de Colombia, 1991). Esto ha significado que el Tribunal, amparado en el artículo 243 de la Carta, es quien define la cosa juzgada constitucional y su alcance, que para todos los eventos supone efecto *erga omnes* y que obliga para todos los casos futuros. La cosa juzgada se traduce entonces que el objeto del debate no puede ser nuevamente objeto de controversia.

Las normas complementadas por el Tribunal Constitucional determinan también qué parte

de las sentencias vincula al operador jurídico y por esto, constituye la cosa juzgada constitucional. Así, estableció la Corte que tienen carácter de cosa juzgada los apartes de la sentencia que en forma explícita hayan sido definidos y aquellas contribuciones que en forma implícita puedan considerarse inescindibles de los primeros. De este modo, constituye cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, tal y como ya se ha expuesto, pero también constituyen cosa juzgada aquellos conceptos de la parte motiva que "guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender este sin la alusión a aquellos" (Corte Constitucional de Colombia, 1996A).

Allí se ha establecido con claridad, entonces, por medio de una sentencia "interpretativa", cuál es el alcance de la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad. Es precisamente esta parte la que se integra al cuerpo normativo expuesto por el legislador, en tanto interpreta el contenido de la ley, y con ello, limita o crea nuevas normas más allá de lo expresado por el legislador. La *ratio decidendi*, señala la Corte, contiene los fundamentos que guarden relación directa con la parte resolutive, y en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios.

La Corte ha comprendido, entonces, que, al contrario, la parte motiva de la sentencia, la *obiter dicta*, contiene la parte más abstracta de la sentencia, pero no por ello debe ser desechada. En efecto, la sentencia de constitucionalidad, opina la Corte, tiene en principio el valor de criterio auxiliar no obligatorio, en los términos del artículo 230 de la Carta.

La Corte, en la sentencia referida, articuló también la llamada doctrina constitucional. Esta doctrina se entiende, según lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 69 de 1896, como una "pauta meramente optativa para ilustrar, en

ciertos casos, el criterio de los jueces" (Corte Constitucional de Colombia, 1996A). Esto, retomando la sentencia C-131 de 1993 (Corte Constitucional de Colombia, 1993C), que declaró inexecutable el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 de 1991, en la medida en que la interpretación ofrecida por la Corte Constitucional de Colombia supone una definición autorizada sobre la manera en que deben aplicarse las normas constitucionales. La Corte decide hacer una distinción entre la doctrina constitucional y la jurisprudencia, donde se entiende que la segunda, la doctrina constitucional, incluye la interpretación de la Carta que supone un criterio auxiliar (Corte Constitucional de Colombia, 1993B).

De la manera expuesta, se tiene entonces que la cosa juzgada constitucional está comprendida por la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y aquellos argumentos de la parte motiva que guardan una relación estrecha, directa e inescindible de la parte resolutive. La parte motiva constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas constitucionales. Esto último resulta, quizá, de mayor aplicación por los operadores jurídicos, quienes las más de las veces hacen extensas precisiones sobre los principios y sus interpretaciones en los fallos, más centrados en la capacidad explicativa inmersa conceptualmente, que en la decisión y la cosa juzgada que en definitiva se haya acogido.

Empero, una importante contribución se ha hecho en relación con la doctrina constitucional, ingrediente normativo que no se apreciaba hasta la sentencia comentada. En efecto, ha señalado la Corte en la citada Sentencia C-037 de 1996 (Corte Constitucional de Colombia, 1996A), que dicha doctrina se extiende a los fallos de tutela, en la medida en que la inaplicación del precedente compromete el principio de igualdad en la aplicación del derecho.



JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL				
Cosa juzgada constitucional		Sentencias de tutela y la doctrina constitucional		
Efecto erga omnes de la <i>ratio decidendi</i> , decisión y motivos inherentes a ella.	Criterio auxiliar de los argumentos utilizados para definir derechos	Supone una definición autorizada sobre la manera en que deben aplicarse las normas constitucionales	Se entiende como una pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces	La inaplicación del precedente compromete el derecho a la igualdad

Fuente: Construcción propia del autor

La Corte y el Legislador Estatutario parecen haber acogido así lo que el autor Diego López llama la “regla de la relevancia” (López, 2005). Esta regla supone que el precedente es vinculante cuando se presenta un nuevo caso análogo por sus hechos y circunstancias. Es decir, el fallo es *relevante* en la medida en que resuelve un caso a partir de otro análogo o decide novedosamente un caso nuevo, pero con la articulación de normas y antecedentes que mejor se adecuen a dicho fallo, en lo que a los supuestos fácticos se refiere.

Esto supone entonces que el operador jurídico, articulando la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Congreso de la República de Colombia, 1996) y la Sentencia C-037 de 1996 (Corte Constitucional de Colombia, 1996A), debe respetar el precedente haciendo consideraciones relativas al derecho a la igualdad que está en juego. Esto condujo a la declaración de exequibilidad condicionada del segundo numeral del artículo 48, ampliando las sentencias de revisión de la Corte Constitucional de Colombia, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, “pero si estos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente

y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad” (Corte Constitucional de Colombia, 1996A).

Allí, puede constatarse, la norma inserta por la sentencia interpretativa de la Corte demuestra que el juez es quien debe agotar la *regla de cambio*. Esto permite que el juez transforme la jurisprudencia y evite la petrificación del derecho, pero a la vez, que respete y garantice el derecho a la igualdad de quienes acuden al juez para la resolución de su conflicto, para acudir entonces a la doctrina legal, como auxiliar, pero a la vez, como un elemento normativo relevante del cual se puede apartar, siempre que agote una justificación suficiente y adecuada.

El mismo artículo 48 de la Ley 270 de 1996 señala, en su segundo numeral que las decisiones judiciales que resuelven acciones de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes (Congreso de la República de Colombia, 1996). Su motivación, establece la Corte, constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces. De esta manera, se tiene sentado que las acciones de tutela, bajo las normas que imperan en la jurisdicción constitucional, constituyen criterio auxiliar y no alcanzan un poder vinculante especial.

La institución del precedente conduce a la aceptación de la *cosa juzgada implícita*, la cual no juega el mismo papel vinculante que la parte resolutoria de la sentencia, pero que supone en cierto sentido, que el fallador de mayor jerarquía ha decidido un caso análogo, debiendo el funcionario inferior seguir la dirección adoptada por el superior. Esto permite una potencial protección a la seguridad jurídica en la medida en que el demandante, el investigador y el asociado, en general, conocen las consecuencias de su conducta y los resultados de un eventual litigio.

Para precisar con mayor firmeza la vinculación del precedente, la Corte Constitucional de Colombia determinó los efectos de la Ley 270 de 1996 en el artículo 48 y de su misma sentencia C-037 de 1996, donde se dispuso que la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad constituye criterio auxiliar para interpretación y aplicación de leyes. No obstante, si guardan estrecha relación con la parte resolutoria, pueden llegar a vincular igualmente.

Por el contrario, las sentencias de tutela resueltas por la Corte Constitucional de Colombia tienden a generar precedentes vinculantes en cuanto a la analogía predicable de los supuestos de hecho que dan lugar a la tutela. Lo mismo parecería verificarse en las acciones contencioso-administrativas decididas por el Consejo de Estado, pero con menor intensidad que las de Tutela de la Corte.

Esto, sin dejar de lado el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 (Presidencia de la República de Colombia, 1991A), que, como ha aportado la Corte, contiene la doctrina constitucional, capaz de incluir un criterio auxiliar para las autoridades y "corrige la jurisprudencia". Esta norma, como se ha anotado ya, relativiza el poder vinculante del precedente para ubicarlo como una fuente derivada de la ley, sin dejar de lado la *regla de cambio* que contiene la misma norma en tanto establece que las modificaciones a la doctrina existente deben ser explícitas en la sentencia,

que, por demás, se refuerza por la comentada Sentencia C-131 de 1993 que, además, hace una primera distancia entre la *obiter dicta* y la *ratio decidendi* (Corte Constitucional de Colombia de Colombia, 1993C).

El Decreto 2591 de 1991 (Presidencia de la República de Colombia, 1991B) califica también al juez competente para decidir cualquier modificación jurisprudencial. Esto se evidencia en el artículo 34, donde establece que los cambios de jurisprudencia deben ser decididos por la Sala Plena de la Corte. Para el Tribunal Constitucional, el objetivo primigenio de esta cualificación corresponde a la necesidad de unificar las sentencias de revisión de tutela, articulando nuevamente el derecho a la igualdad como premisa normativa que debe ser tenido por el juez competente, "en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares" (Corte Constitucional de Colombia de Colombia, 1993B).

Según esto, el Decreto en comento y la Corte parecen haber determinado lo que el profesor López Medina reconoce como la "fuerza vinculante" del fallo. Por ende, podría diferenciarse al precedente, como vinculante, cuando atrae la decisión de un caso nuevo análogo por los hechos y circunstancias que le dan lugar. Esto es, acudir a otro fallo, y solo a aquel que "atrae" la manera de resolver el caso análogo.

Luego, el precedente es indicativo, es decir, auxiliar, cuando el concepto jurídico utilizado en el caso anterior tiene alguna tendencia a ser utilizado de la misma manera en el caso nuevo. Este podría ser el caso de la definición del daño antijurídico en la falla del servicio por la privación injusta de la libertad, en la que es usual la distinción entre la falta de la administración y la antijuridicidad del daño, intentando desprenderse del aparente desarrollo de un régimen de responsabilidad objetiva.

Con todo, la *referencia conceptual común* (López, 2005) parecería revelarse, dada la autorización



jurisprudencial y normativa antes expuesta en los decretos citados y las sentencias C-131 de 1993 (Corte Constitucional de Colombia, 1993C) y C-018 de 1993 (Corte Constitucional de Colombia, 1993D), como el uso más común de la jurisprudencia constitucional. Con esta referencia conceptual se hace mención a la comprensión del precedente en torno al concepto o categoría jurídica que encierra el caso y no a su situación fáctica. La vinculación en este escenario está basada en conexiones temáticas o conceptuales abstractas entre la sentencia y el caso que se debate. Por ende, su citación carece de relevancia y omite la referencia a los hechos de la sentencia citada, de manera que alinean su argumento con la idea jurídica abstracta que tenga alguna relación con los supuestos de hecho a decidir.

Este tipo de referencias no puede ser siempre descalificado y, como ha anotado la sentencia C-018 de 1993, puede alcanzar fuerza vinculante como criterio auxiliar que debe tener en cuenta el operador jurídico (Corte Constitucional de Colombia, 1993D). Ante casos novedosos, puede ser la única herramienta con la que cuenta el juez para decidir el litigio. Esto último, precisamente, porque las sentencias vinculantes por vía de conceptos no traen reglas específicas.

Entonces, en la medida en que el legislador ha reconocido la práctica previa de las Altas Cortes y le ha dado una fuerza vinculante al precedente, podemos hablar de la renovación de la corriente del derecho imperante en nuestro país, constatada en diversos estudios, que no solo datan desde la Constitución de 1991. Esta renovación ha permitido ubicar al juez como protagonista en tanto, evidentemente, se desagrega de su función de ser un simple adjudicador de la ley, para brindarle al operador jurídico un papel central en la interpretación y extensión de normas más allá de lo que el legislador hubiese determinado o deseado. Esto, se ha constatado, no parecería ser un ejercicio novedoso, pero a la luz de una Constitución mucho más rica

en principios, permitiría ampliar el rol del juez más allá de la creación derivada o secundaria del derecho.

Así, se tiene que el Consejo de Estado, por ejemplo, por medio de la creación "pretoriana" del derecho administrativo, creó todo un sistema de responsabilidad del Estado, más allá de lo que las normas establecieron sobre ello, ya desde 1945. En igual sentido se podría hablar del papel de la Corte Suprema de Justicia, sea como juez de casación, con su atribución de "unificar" la jurisprudencia, o como juez constitucional, que ejercía su amplia capacidad creadora de derecho, como intérprete autorizado de la Constitución de 1886.

Los artículos 4 y 230 de la Constitución de 1991 (República de Colombia, 1991) parecerían ser las normas constitucionales que regulan las fuentes del derecho en el país. En estas normas, siguiendo con la dominante corriente positivista-formalista del derecho, establece un sistema que, descendientemente, ubica a la Carta Fundamental y luego a la ley, siendo la jurisprudencia, en palabras de la misma Constitución, un criterio auxiliar de derecho, y no una fuente capaz de vincular al operador jurídico para la resolución de conflictos posteriores.

La tensión es evidente. El ordenamiento jurídico colombiano trasformaría su jerarquía normativa según el reconocimiento que se le dé a la jurisprudencia como fuente primaria del derecho. Las posiciones más radicales señalan que "la independencia judicial, el concepto de imperio de la ley y el concepto de criterio auxiliar" son los obstáculos que generalizan el rechazo a la jurisprudencia como fuente autónoma del derecho (Bernal, 2005).

Empero, la jurisprudencia constitucional parece haber resuelto en parte la tensión antes expuesta. Por medio de la renombrada sentencia C-836 de 2001 (Corte Constitucional de Colombia,

2001B), la Corte estableció que los jueces y los tribunales están vinculados a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y que si quieren apartarse de ella, están “obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión” (López, 2005).

Esta interpretación ha sido reafirmada previamente por la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias C-104 de 1993 (Corte Constitucional de Colombia, 1993A), C-113 de 1993 (Corte Constitucional de Colombia, 1993B), C-131 de 1993 (Corte Constitucional de Colombia, 1993C), C-083 de 1995 (Corte Constitucional de Colombia, 1995A), T-321 de 1998 (Corte Constitucional de Colombia, 1998), y recientemente, las sentencias C-634 de 2011 (Corte Constitucional de Colombia, 2011B) y C-539 de 2011 (Corte Constitucional de Colombia, 2011A); dicha interpretación ha encontrado variaciones al interior de la misma Corte que parecería extender cada vez más la capacidad creadora del juez, no solo constitucional. Ejemplo de esto lo constituye la sentencia T- 547 de 1993 que instituyó que obviar el precedente constitucional constituye violación al principio de igualdad, pues se le estaría dando un trato diferencial a casos semejantes (Corte Constitucional de Colombia, 1993E); asimismo, la Sentencia T-123 de 1995 denominó “vía de hecho” a la negativa de un juez de seguir la doctrina y jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional de Colombia, 1995B).

Es justamente esta pauta la que permite encontrar que, por medio del desarrollo jurisprudencial, no legal, existen dos principios en juego, a saber, la igualdad formal y la confianza legítima. La facultad de reformar la línea jurisprudencial no parece cesar en ningún momento, pero reubica esta fuente del derecho como una dinámica fuerza que compromete, cuando menos, el derecho a la igualdad, y con ello, parecería ganar la virtualidad de convertir cualquier asunto en un debate constitucional.

El sistema de fuentes ya no parecería ubicar al juez como un adjudicador neutral o como unidad básica de asignación del derecho. Al contrario, dada la capacidad normativa de la misma Carta Fundamental y la actividad de las Altas Cortes, podemos hablar de una “constitucionalidad descendiente”, donde el contenido dispositivo de la Constitución irradia todo el sistema de fuentes y amplía, altera o restringe la adjudicación de normas, facultando al juez para ejercer una capacidad co-legisladora.

Entonces, el sistema tradicional de fuentes del derecho que ubica a la jurisprudencia como derivación e interpretación constitucional, en cualquier orden normativo, parece estar ampliamente superado. En realidad, habría que preguntarse si el debate legislativo llegó a tiempo a la ya desplegada práctica jurisprudencial, presente en todas las Cortes.

Precisamente, en el marco de las normas constitucionales a las que se ha hecho referencia, han sido varias las reformas fundamentales que se han planteado sobre el central artículo 230 de la Carta (República de Colombia, 1991). Esto, sin dejar de lado reformas como las establecidas por la Ley 270 de 1996 (Congreso de la República de Colombia, 1996), Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que pretendió restarle valor al precedente judicial, tanto así, que dicha disposición fue declarada constitucionalmente exequible por la Corte, punto sobre el cual se volverá más adelante (Corte Constitucional de Colombia de Colombia, 1996A; 1996B).

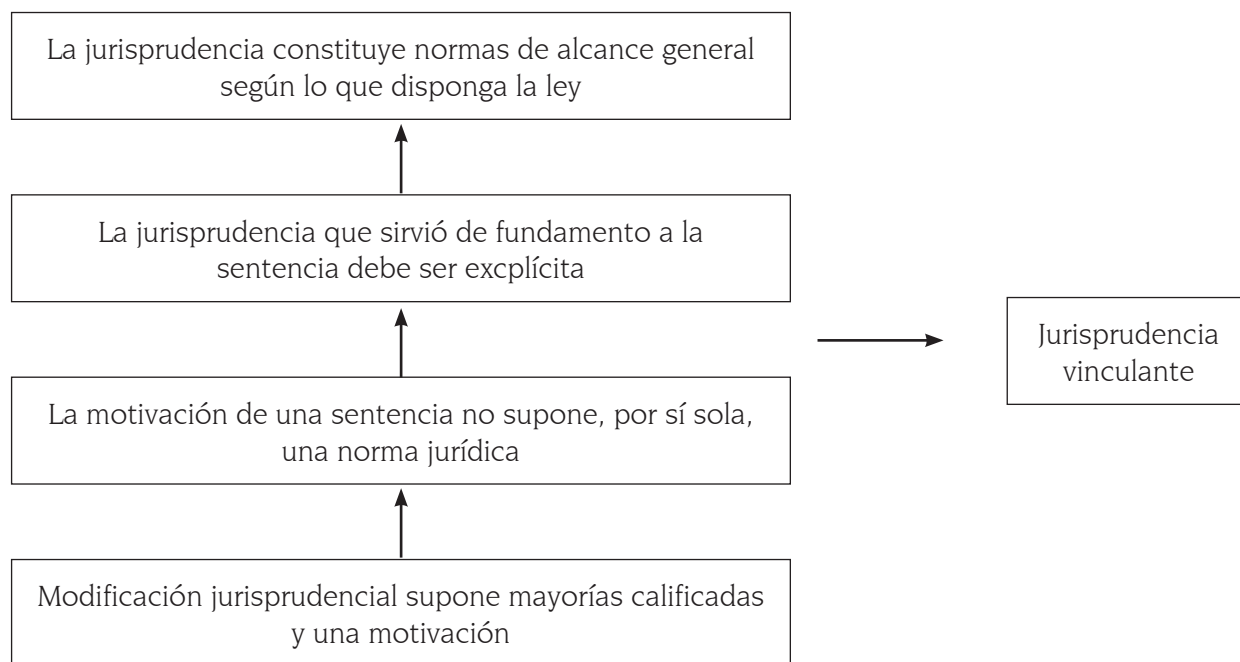
## ***II. La constitucionalización del precedente, entre la restricción y la libertad para la creación del precedente***

Luego de haber señalado brevemente el régimen imperante sobre el sistema de fuentes en la vigente Constitución de 1991, vale la pena retomar las propuestas de reforma constitu-

cional que incluso ahora se está debatiendo entre el Gobierno Nacional y la Rama Judicial. El intento de reforma constitucional más claro en los últimos años lo presentó el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez. Esta propuesta, en medio de una amplia "reforma a la justicia", pretendía modificar el artículo 230 comentado (República de Colombia, 1991). El proyecto de acto legislativo presentado en el 2002 suponía dos innovaciones muy particulares: en primer lugar, señalaba que la jurisprudencia tendría el valor de "normas jurídicas cuyo alcance determina la propia ley"; en segundo lugar, establecía que los tribunales "no podrán modificar su

jurisprudencia sino con mayorías calificadas y precisa motivación" (Senado de la República de Colombia, 2002)<sup>5</sup>.

La reforma sugería también que la jurisprudencia de un tribunal tendría que ser expresamente señalada como tal en la parte resolutive de las sentencias, y en segundo lugar, establecía también que "las motivaciones de las mismas no constituyen jurisprudencia" (Senado de la República de Colombia, 2002)<sup>6</sup>. El impacto de la reforma es evidente y podría haber instituido, sin duda, un espacio de ordenación del precedente. Veamos:



Fuente: Construcción propia

<sup>5</sup> Proyecto de acto legislativo 10 de 2002 (senado). Publicado en la Gaceta del Congreso Número 484, Noviembre 12 de 2002. El texto del artículo era el siguiente: "Art 230- Los jueces en sus providencias estarán sujetos a la ley escrita, a la costumbre comercial y a la jurisprudencia como normas jurídicas cuyo alcance determina la propia ley. Los principios generales del derecho, la equidad y la doctrina son criterios auxiliares de interpretación e integración normativa. Los cuerpos colegiados que administren justicia no podrán modificar su jurisprudencia sino con mayorías calificadas y precisa motivación. La jurisprudencia de un tribunal tendrá que ser expresamente señalada como tal en la parte resolutive de las sentencias. Las motivaciones de las mismas no constituyen jurisprudencia" (Senado de la República de Colombia, 2002).

Dos serían las contribuciones de la reforma a la justicia que modificaba el artículo 230 constitucional. El primero de ellos trasformaba el efecto *inter partes* de la jurisprudencia, para darle un alcance general, exclusivamente a *ratio decidendi* de la sentencia, en tanto, la motivación de una sentencia no supone una "norma jurídica", dejando de lado la *obiter dicta* o lo dicho de paso,

<sup>6</sup> Ibídem.

como un aporte irrelevante para la capacidad normativa de la sentencia.

El segundo avance radica en la institucionalización de la *regla de cambio* (López, 2005). Esta regla supone que el precedente es reformable, de tal suerte que el juez de conocimiento puede considerar que una manera diferente o novedosa de resolver el proceso permitiría distanciarse de lo resuelto previamente. No obstante, para llegar a dicha decisión, se deben cumplir dos requisitos, a saber: primero, reconocer el precedente, esto es, hacer explícitas las sentencias que regulan o fijan el alcance de la decisión que se va a emitir; segundo, aportar una justificación "suficiente" y "razonable" que justifique la decisión de apartarse del precedente.

Esta regla de cambio flexibiliza la estabilidad del precedente vinculante, en la medida en que admite que este pierda *fuerza gravitacional* (López, 2005) siempre que el juez que decide el caso nuevo ofrezca una argumentación explícita, transparente y suficiente. Esto, en efecto, parece reconocer lo establecido por la Sentencia C-083 de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia (Corte Constitucional de Colombia, 2001A). Entonces, el fallo no se asimila a una norma que debe ser explícitamente seguida, cuya obediencia irrestricta es debida. Por el contrario, el precedente admitiría por esencia, según la propuesta normativa, el disenso del fallador, siempre que dicho distanciamiento cumpla con una argumentación mínima y razonable que acierte con las garantías de los procesados y con el derecho a la igualdad de los sujetos procesales (López, 2005).

La propuesta de reforma constitucional antes expuesta podría considerarse como una de las más extensas definidas en las propuestas de reforma constitucional que hasta el momento se han debatido en el Congreso de la República. Sin embargo, se insiste, parecería reaccionar tardíamente a la práctica que quizá ya ejercían los tribunales y las altas cortes, pero aportaba

dos elementos centrales para la jurisprudencia vinculante: la parte vinculante de la sentencia y la regla de cambio.

La reforma comentada no llegó a tener vigencia. Por esto, en el año 2004, se dio trámite a un nuevo proyecto de "reforma a la justicia" que disponía una reorientación del ordenamiento jurídico más complejo y con elementos que merecen un pausado análisis<sup>7</sup>. La reforma cambiaba el término "Ley" por "ordenamiento jurídico", para dar amplitud a su contenido, abandonar como eje central a la ley y ampliarlo a los demás elementos normativos, entre ellos, la jurisprudencia.

El segundo paso de esta reforma instituía como vinculante a la jurisprudencia que estableciera "de modo explícito" la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional de Colombia en sus sentencias cuando decidieran sobre la constitucionalidad de las leyes o decretos con fuerza de ley. La reforma no instauraba la *regla de cambio*, y al contrario, implantaba un régimen más rígido, al señalar que los jueces podrían alejarse de la jurisprudencia "cuando se demuestre que por modificaciones

<sup>7</sup> Establecía el proyecto de Acto Legislativo: "Los jueces en sus providencias están sometidos al ordenamiento jurídico. La jurisprudencia que dentro del ámbito de sus competencias establezcan de modo explícito las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional cuando decida sobre la constitucionalidad de las leyes o decretos con fuerza de ley, deberá ser atendida por los jueces y los servidores públicos, quienes solo podrán apartarse de dicha jurisprudencia cuando no sea razonablemente aplicable al caso concreto que se debate o cuando se demuestre que por modificaciones a las disposiciones sustantivas es contraria a las normas vigentes. Cuando las mencionadas Corporaciones modifiquen su jurisprudencia, deberán señalarlo expresamente, indicando los motivos y el alcance del cambio introducido.

La equidad, la doctrina y los principios generales del derecho son criterios auxiliares de interpretación e integración normativa.

La interpretación judicial sobre el alcance de los mandatos constitucionales se realizara preservando el bienestar general, la seguridad jurídica, la vigencia de un orden socioeconómico sostenible y el respeto de las competencias atribuidas a cada una de las ramas del poder público para la realización de los fines esenciales del Estado." (Presidencia de la República de Colombia, 2004).

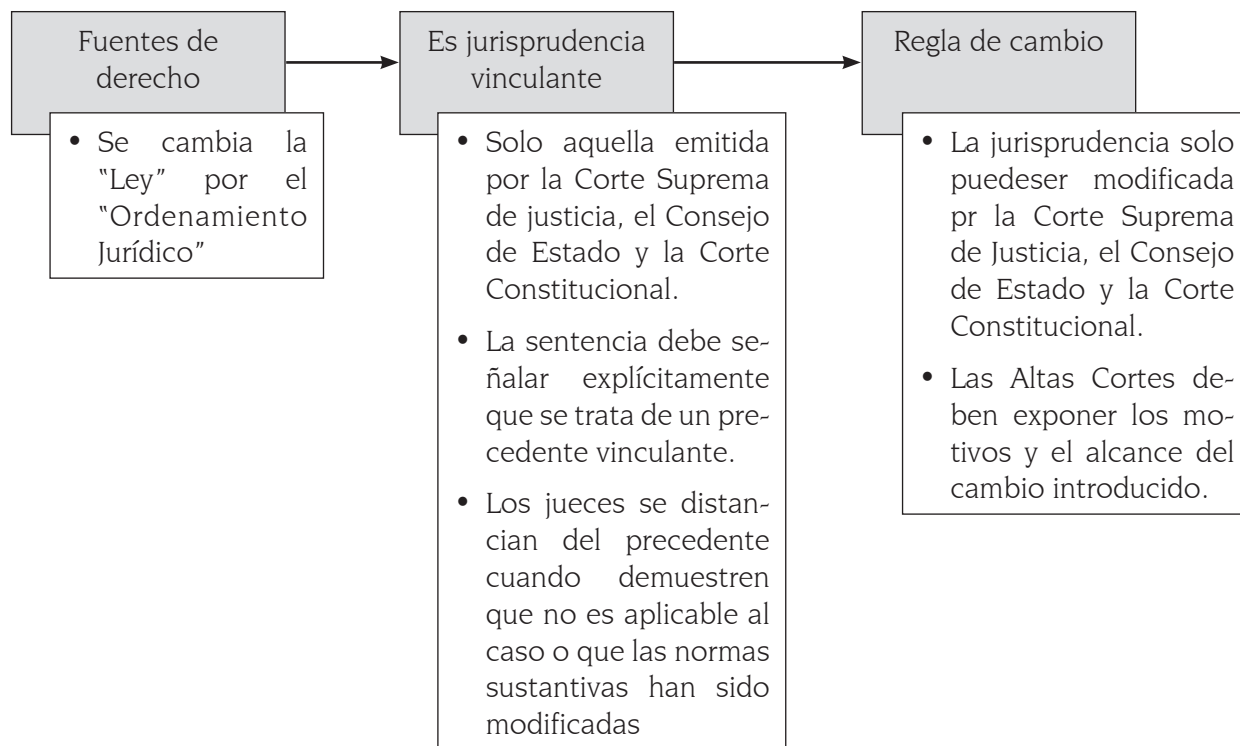
a las disposiciones sustantivas es contraria a las normas vigentes” o cuando “no sea razonablemente aplicable al caso concreto”.

Esta última parte suponía una técnica de innovación insostenible en la medida en que la única alternativa para distanciarse del precedente consistiría en probar que el mismo no es precedente, es decir, que no está tratando el mismo “punto de derecho” o patrón fáctico. Precisamente, si no es aplicable al caso o existe una modificación normativa, la jurisprudencia no tendría por qué otorgarle fuerza vinculante cuando las normas que la sustentan o el caso al que se pretende aplicar no encaja dentro de la similitud que parece demandar el precedente judicial.

La rigidez de la propuesta suponía también que solo la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional de Colombia podrían modificar su jurisprudencia, indicando

en este caso los motivos y el alcance del cambio introducido. Aquí se agotaría la *regla de cambio*, bajo una visión, nuevamente, de una motivación explícita por parte de las mismas cortes, reconociendo cuál sería el precedente a modificar y las razones por las cuales se justifica dicha transformación.

Finalmente, la reforma incluía principios o razones por las cuales podría validarse la interpretación judicial sobre mandatos constitucionales, cuáles eran “el bienestar general, la seguridad jurídica, la vigencia de un orden socioeconómico sostenible y el respeto de las competencias atribuidas a cada una de las ramas del poder público” (Presidencia de la República de Colombia, 2004) Por supuesto, la independencia judicial estaría en juego y se reconocerían principios adicionales para la interpretación de los derechos y principios insertos en la Carta Fundamental. El siguiente cuadro da razón de esta propuesta:



Fuente: Construcción propia

Las diferencias y la rigidez de esta reforma hubiesen supuesto para la rama judicial una transformación severa de su capacidad creativa. Quizá, podría pensarse, esta reforma se concentró mayormente en la protección y garantía de la seguridad jurídica y la confianza legítima, que en la libertad del juez para decidir e interpretar las normas y los casos objeto de estudio. En igual forma, parece desconocer que los tribunales superiores de distrito, tribunales administrativos, e incluso, los jueces de circuito operan en varias materias como tribunales de cierre, y por ende, articulan y se convierten en importantes fuentes creadoras de derecho. Empero, esta reforma constitucional no fue aprobada, archivándose con la totalidad del proyecto de Acto Legislativo de reforma a la justicia.

En el año 2008, en el proyecto de acto legislativo 10 de 2008 del Senado (Senado de la República de Colombia, 2008) se plantea nuevamente una modificación del artículo 230 de la Constitución y establece de una manera más conservadora, que el legislador sería quien estableciera en qué eventos la jurisprudencia es obligatoria para los funcionarios de la rama ejecutiva<sup>8</sup>.

Es quizá la propuesta más conservadora que se ha hecho sobre este artículo. Esto se puede constatar en la medida en que mantiene a la Ley como fuente primaria para el juez y establece que la jurisprudencia podría alcanzar fuerza vinculante ante los funcionarios de la rama ejecutiva. En esta propuesta se extrañan todos los elementos que previamente se habían señalado y que en realidad permitirían enunciar algunos rasgos necesarios para la configuración de una norma jurisprudencial.

<sup>8</sup> Establecía el proyecto de Acto Legislativo: "Art. 8°. El artículo 230 de la Constitución Política quedará así: "Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley".

"La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial". "El legislador establecerá en qué casos la jurisprudencia es obligatoria para los funcionarios de la rama ejecutiva" (Senado de la República de Colombia, 2008).

Quizá por lo antedicho, la Corte Constitucional de Colombia profundizó el poder vinculante de la jurisprudencia a partir de la sentencia C-335 de 2008. En dicha providencia, la Corte le atribuyó al poder normativo de la Corte Constitucional de Colombia la capacidad de lograr mayor coherencia interna al ordenamiento jurídico, garantizar el principio de igualdad entre los ciudadanos, brindar elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, y asegurar la vigencia de los derechos fundamentales. La visión radical de la sentencia citada consiste en interpretar el artículo 413 del Código Penal, relativo al delito de prevaricato, y considerar que los jueces deben seguir el precedente judicial de las altas cortes, en la medida en que este constituye una fuente autónoma del derecho, de tal manera que el operador jurídico, opina la Corte, al apartarse injustificadamente del precedente, desconoce directamente preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general (Corte Constitucional de Colombia, 2008).

Con todo, el fallo citado parece centrarse exclusivamente en la cosa juzgada constitucional contenida en el artículo 243 de la Constitución. En efecto, parecería señalar que estos pronunciamientos tienen la capacidad de explicar la constitucionalidad de las normas examinadas, restringiendo inclusive, la potencialidad de declarar la excepción de inconstitucionalidad sobre disposiciones censuradas o interpretadas por la Corte, y por ello, tendrían la capacidad de producir decisiones judiciales manifiestamente contrarias a la ley. En este sentido, la ley, como expresión normativa del legislador, sería interpretada en compañía de la sentencia de constitucionalidad, llevando a que el funcionario que omitiera la segunda, cometería el delito de prevaricato. La interpretación manifiestamente contraria a los fallos, expone la Corte, de reiteración o de unificación jurisprudencial conllevarían a la comisión del delito, siempre que se trate de normas legales o administrativas "oscuras" o con un "alto grado de indeterminación".



Con posterioridad a la sentencia citada, en el gobierno del Presidente Juan Manuel Santos se impulsó una nueva reforma a la justicia a la que se le pretendió dar trámite, pero que ha intentado ser conciliada con las altas cortes por más de dos años. El 25 de agosto de 2010, el Gobierno propuso una nueva reforma a la justicia que se acercaba a la última reforma propuesta en el año 2008, pero con una amplitud que parecería extender el poder vinculante de la jurisprudencia<sup>9</sup>.

En la mencionada propuesta se estableció que los jueces estaban vinculados a la Constitución, "al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia" (Presidencia de la República de Colombia, 2010). Se dispuso también que el legislador definiría los casos en los que la jurisprudencia tendría fuerza vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas. Finalmente, se propuso que los cambios jurisprudenciales tuvieran efectos hacia el futuro. Efectivamente, el artículo, retirado con posterioridad<sup>10</sup>, se limitaba a facultar a la ley para definir los casos en que la jurisprudencia tendría fuerza vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas.

Para nuestro objeto de estudio resulta llamativo el Acto Legislativo 11 de 2011, propuesta que

<sup>9</sup> Disponía el proyecto de Acto Legislativo lo siguiente: "Los jueces en sus providencias solo están sometidos a la Constitución, al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia.

La ley definirá los casos en que la jurisprudencia tendrá fuerza vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas. Los cambios jurisprudenciales solo tendrán efectos hacia el futuro.

La equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial" (Presidencia de la República de Colombia, 2010).

<sup>10</sup> El Acto Legislativo número 07/11 Senado, 143/11 Cámara Acumulado a los Proyectos 09/11, 11/11, 12/11 y 13/11 Senado, "por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la administración de justicia y se dictan otras disposiciones" finalmente se centró en la composición de la rama judicial, la asignación salarial y pensional de sus miembros y reducir la capacidad de la Corte Suprema de Justicia para juzgar a los congresistas de la República. Es quizá por este último punto que la reforma no ha contado con el apoyo de las Altas Cortes, quienes incluso, en reiteradas ocasiones, han señalado que se trata de una "retaliación" del Congreso de la República por el juzgamiento de varios de sus miembros por relaciones con el paramilitarismo colombiano.

contenía parte del articulado presente en el Acto Legislativo del 25 de agosto de 2010, donde establecía que "Los jueces, en sus providencias, son independientes y están sometidos a la Constitución, a la ley y al precedente judicial vinculante. La ley determinará los requisitos y los casos en los cuales el precedente judicial tendrá efectos vinculantes" (Senado de la República de Colombia, 2011).

Para la exposición de motivos del Acto Legislativo citado, la estabilización del precedente judicial resultaba funcional desde tres puntos de vista, a saber: la seguridad jurídica garantizada por medio de una fuerza vinculante, que evitaría decisiones judiciales "arbitrarias"; mantener la independencia judicial y "deferir al Legislador la fijación de los requisitos para la configuración de este [el precedente]", y tercero, debilitar la capacidad transformadora de las cortes, en tanto el precedente no tendría la misma capacidad vinculante que la Ley.

No obstante, el proyecto de Acto Legislativo continuó su trámite, pero, cuando se realizó la acumulación de las demás propuestas normativas, se excluyó la propuesta de modificar el artículo 230 de la Constitución. El artículo quedó finalmente excluido y de esta manera, el estado constitucional de cosas deja a las Altas Cortes al margen de la discrecionalidad, auto-limitación y responsabilidad, como lo habían venido desarrollando continuamente.

Las anteriores disposiciones implicaron entonces la manera en que se definiría de la capacidad vinculante del proceso que se precisaría por el legislador. Bajo este supuesto, solo la intervención del legislador supondría la fijación de una técnica propia, y de la determinación del grado de vinculación y del juez competente para determinar el precedente.

El siguiente cuadro permitirá comparar las cuatro reformas más relevantes propuestas para nuestro sistema de fuentes:

#### Acto Legislativo del 2002

- La jurisprudencia constituye normas de alcance general según lo que disponga la ley.
- La jurisprudencia que sirvió de fundamento a la sentencia debe ser explícita
- La motivación de una sentencia no supone, por sí sola, una norma jurídica
- Modificación jurisprudencial supone mayorías calificadas y una motivación.

#### Acto Legislativo del 2004

- Se cambia la "Ley" por el "Ordenamiento Jurídico"
- Solo pueden crear jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.
- La sentencia debe señalar explícitamente que se trata de un precedente vinculante
- Los jueces se distancian del precedente cuando demuestren que no es aplicable al caso o que las normas aplicables han sido modificadas.
- La jurisprudencia solo puede ser modificadas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, exponiendo los motivos y el alcance del cambio introducido.

#### Acto Legislativo 10 del 2008

- Mantiene a la ley como principal fuente del derecho
- El legislador sería quien estableciera en qué eventos la jurisprudencia tendría fuerza vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas.

#### Acto Legislativo 25 de agosto de 2010

- Los jueces estaban vinculados a la Constitución, "al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia"
- El legislador debiera definir los casos en los que la jurisprudencia tendría fuerza vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas.
- Los cambios jurisprudenciales tendrían efectos hacia el futuro

Fuente: Construcción propia

El debate parece evidente; la lucha por el dominio de las fuentes del derecho parece llegar tardíamente a una práctica judicial altamente consolidada. El imperio de la Ley, como fuente principal del derecho, ha sido desplazado, reduciendo con ello el capital político acumulable por el Legislador.

Es por ello que la reforma a la "Administración a la Justicia" parece enmarcar, como necesarios, diversos límites al poder discrecional del juez, para girar a la conservadora configuración del ordenamiento jurídico. Quizá, vale la pena señalarlo, la hegemónica posición del Congreso en el Estado de derecho parece haber desaparecido

hace más de una década, demostrando con ello que, con una Constitución altamente cargada de principios, difícilmente podrá proponerse una reforma legal que controle y retorne al "legiscentrismo" de antaño.

### ***A manera de conclusión***

Dos conclusiones podrían arrojarse sobre las reformas constitucionales antes expuestas. En primer lugar, desde la extensa propuesta de Acto Legislativo de 2004 hasta la conservadora propuesta del 2008, la reforma constitucional y legal parece llegar tarde al ejercicio jurisprudencial que se ha extendido sin necesidad de considerar el mencionado artículo 230. Esto supone entonces que el deseo del constituyente derivado para extender o contraer el papel de la jurisprudencia en la creación del derecho colombiano puede no tener ninguna incidencia en la manera en que el juez ha desplegado normas desde sus fallos.

Ejemplo de esto lo constituye la emblemática sentencia C-836 de 2001, sentencia que interpreta una fuerza vinculante relativa del precedente, donde el juez finalmente tendría la posibilidad de apartarse del precedente esgrimiendo una amplia argumentación (Corte Constitucional de Colombia, 2001B). Tratar la jurisprudencia como criterio auxiliar dependerá en gran medida de qué tanto esté dispuesto el juez a ceder en independencia y poder, pues en la facultad creadora del derecho es donde se puede medir la capacidad política y la relevancia jurídica del operador judicial.

La creación de precedentes requiere entonces de la interpretación de los fallos puestos a consideración del operador jurídico. Resulta evidente que el Legislador ha desarrollado, con especial intensidad en los últimos años, unos mínimos que puedan comprometer el poder

vinculante del precedente y parecería modular tres intereses en juego: la seguridad jurídica, la garantía al derecho a la igualdad formal y la descongestión judicial.

Empero, se insiste, el legislador parecería reaccionar tardíamente a una consolidada cultura jurídica que se ha transformado continuamente. La Carta Fundamental de 1991 (República de Colombia, 1991) parecería abordar importantes principios, de textura abierta y definidos por medio de paradigmas provisionales, que permiten suponer que el Legislador se ha ido adaptando continuamente al ejercicio judicial, más desarrollado, quizá.

No obstante, no se puede obviar el importante avance que se constata en el último año de producción normativa, esto es, mediante la expedición de la Ley 1395 de 2010 (Congreso de la República de Colombia, 2010) y la Ley 1437 de 2011 (Congreso de la República de Colombia, 2011). Ciertamente, las normas parecen ahora dirigirse a establecer un precedente judicial más fuerte, que se articula entre la identidad de los supuestos de hecho y de derecho, la uniformidad o consistencia de los fallos y la pluralidad confirmatoria de las sentencias. Será el operador jurídico quien al final amplíe y determine el método de adjudicación del precedente en uso precisamente de su independencia judicial e interpretación.

La inclusión o no de la fuerza vinculante del precedente en el texto constitucional en realidad parece mediar entre el pulso político que existe entre el Congreso de la República y las Cortes, por el monopolio de las fuentes del derecho. Evidentemente, la rama legislativa parece haber perdido su capacidad aditiva de las mayorías ante una Corte Constitucional de Colombia impulsada por la definición de un derecho judicial más intenso.

## Referencias bibliográficas

- Bernal, C. (2003). La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. *Revista Precedente*, 2003. Julio, p. 13-43. Universidad ICESI: Santiago de Cali.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Colombia.
- Cappelletti, M. (1990). *Le pouvoir des juges*. (René David, Trad.). París, Presses Universitaires d'aix-Marseille.
- Congreso de la República de Colombia. (1996). *Ley 270 de 1996*. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2010). *Ley 1395 de 2010*. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1437 de 2011*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993A). *Sentencia C-104 de 1993*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993B). *Sentencia C-113 de 1993*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993C). *Sentencia C-131 de 1993*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993D). *Sentencia C-018 de 1993*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993E). *Sentencia T- 547 de 1993*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995A). *Sentencia C-083 de 1995*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995B). *Sentencia T-123 de 1995*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996A). *Sentencia C-037 de 1996*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996B). *Sentencia C-131 de 1995*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia T-321 de 1998*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001A). *Sentencia C-083 de 2001*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001B). *Sentencia C-836 de 2001*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia C-335 de 2008*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011A). *Sentencia C-539 de 2011*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011B). *Sentencia C-634 de 2011*. Colombia.
- Escobar, L. (2003). *El poder normativo de la Corte Constitucional de Colombia Colombiana*. Monografía sin publicar. Tesis presentada para optar al título de Magíster en Derecho Público, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Estrada, J. (2003). El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001, en: E. Montealegre Lynett (Coord.). *Anuario de Derecho Constitucional, Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia* (pp. 45 - 63). Bogotá: Universidad Externado.
- López, D. (2004). *La teoría impura del Derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- López, D. (2005). *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis.
- Presidencia de la República de Colombia. (1991A). *Decreto 2067 de 1991*. Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (1991B). *Decreto 2591 de 1991*. Colombia.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Colombia.
- Rubio, F. (1992). *Seis Tesis sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12. (35).
- Sarmiento, J. (2011). El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, ¿Hacia la instauración de un juez de casación en lo Contencioso-Administrativo?. *Revista Vniversitas*, (123) julio-diciembre, 2011, pp. 247-281, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Senado de la República de Colombia. (2002). *Proyecto de Acto legislativo No. 10 de 2002*. Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia (2004). *Proyecto de Acto legislativo de 2004, por medio del cual se propone reforma a la Justicia*. Colombia.
- Senado de la República de Colombia. (2008). *Proyecto de Acto legislativo No. 10 de 2008*. Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (2010). *Proyecto de Acto legislativo del 25 de agosto de 2010, por medio del cual se propone reforma a la Justicia*. Colombia.
- Senado de la República de Colombia. (2011). *Proyecto de Acto legislativo No. 11 de 2011*. Colombia.